

Handelsrecht

Bitter / Linardatos

4., neu bearbeitete Auflage 2022
ISBN 978-3-8006-6918-9
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

der Beendigung eines Handelsvertretervertrages. Deshalb spricht sich die h.M.⁶²³ grundsätzlich für die Möglichkeit aus, § 89b HGB analog anzuwenden und dem Vertragshändler einen Ausgleichsanspruch zu gewähren.

Die Voraussetzungen dieser Analogie sind innerhalb der h.M. allerdings umstritten. Nach der Rechtsprechung des BGH⁶²⁴ muss

- der Vertragshändler
- einem Handelsvertreter gleich oder ähnlich in die Absatz- und Vertriebsorganisation des Hauptunternehmers eingegliedert sowie
- durch den Vertragshändlervertrag verpflichtet sein, bei der Beendigung des Vertrages seinen Kundenstamm dem Hauptunternehmer durch die Übermittlung der Kundendaten zu überlassen.

Im Rahmen der Prüfung dieser Analogievoraussetzungen ist zu beachten, dass zwischen den Tatbestandsmerkmalen „Vertragshändler“ einerseits und „handelsvertretergleiche/-ähnliche Einbindung“ andererseits – entgegen dem BGH – sprachlich nicht differenziert werden sollte: Der Eigenhändler ist nämlich nur dann zum Vertragshändler „aufgewertet“, wenn er handelsvertretergleich/-ähnlich in die Vertriebsorganisation des Unternehmers eingebunden ist (→ Rn. 88). Dementsprechend sollte unter einem einheitlichen Prüfungspunkt „Vertragshändler“ das eigenhändlergemäße Auftreten im Außenverhältnis (im eigenen Namen auf eigene Rechnung) und die handelsvertretergleiche/-ähnliche Einbindung geprüft werden. In der Sache führt diese Vorgehensweise jedoch zu keinem anderen Maßstab. Ob das Tatbestandsmerkmal der handelsvertretergleichen/-ähnlichen Einbindung erfüllt ist, muss im Wege einer Gesamtbetrachtung festgestellt werden, in die verschiedene Indizien und Gesichtspunkte einzustellen sind. In erster Linie ist maßgeblich, ob den Eigenhändler – handelsvertreterähnlich – Verkaufsförderungs-, Informations- und Berichtspflichten treffen, und inwieweit Kontroll-, Überwachungs-, und Weisungsbefugnisse des Unternehmers bestehen.⁶²⁵

Insbesondere der dritte genannte Prüfungspunkt, die „Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms“ (→ Rn. 95), stößt in der Literatur nicht nur auf Zustimmung: Karsten Schmidt⁶²⁶ stellt stattdessen auf die Kontinuität des Kundenstamms ab, d.h. die Zurechenbarkeit des Kundenstamms zum Unternehmer. Canaris⁶²⁷ dagegen hält eine Übertragungspflicht in jedem Fall für erforderlich, sieht es aber als verfehlt an, dass diese Pflicht nach der Rechtsprechung des BGH im konkreten Vertrag zu suchen ist; er hält die Pflicht für regelmäßig vertragsimmanent und leitet dies aus der geschäftsbesorgungsrechtlichen Komponente des Vertragshändlerverhältnisses (§§ 675 I, 666 BGB) bzw. einer ergänzenden Vertragsauslegung ab.

In der Praxis hat es von Seiten der Unternehmer (Hersteller) zur Vermeidung einer Ausgleichspflicht analog § 89b HGB jedenfalls nicht an Versuchen gefehlt, die vom BGH aufgestellte Voraussetzung einer Pflicht zur Übertragung des Kundenstamms zu „umgehen“, indem Möglichkeiten des Abrufs der Kundendaten geschaffen wurden, sei es durch eine im Rahmen der laufenden Geschäftsbeziehung bestehende Mitteilungsverpflichtung des Vertragshändlers oder eine direkte Verknüpfung

⁶²³ BGHZ 29, 83, 87 ff.; 68, 340, 343; 227, 112 ff.; K. Schmidt, HandelsR, § 28 Rn. 45 ff. (S. 913 ff.); Canaris, HandelsR, § 17 Rn. 24 ff. (S. 288 ff.); speziell zum praktisch wichtigen Anwendungsfall des Kfz-Vertragshändlers Schmülling, GWR 2015, 224 ff.

⁶²⁴ BGHZ 29, 83, 87 ff.; 68, 340, 34; BGH WM 2007, 1983 = NJW-RR 2007, 1327 m.w.N.

⁶²⁵ Vgl. Canaris, HandelsR, § 17 Rn. 19 (S. 287) m.N. aus der ständ. Rspr. des BGH.

⁶²⁶ K. Schmidt, HandelsR, § 28 Rn. 46 ff. (S. 914 ff.).

⁶²⁷ Canaris, HandelsR, § 17 Rn. 26 (S. 289).

der EDV-Systeme von Hersteller und Vertragshändler, sei es durch die Übernahme von Garantien gegenüber den Endkunden, deren Wirkung von einer Meldung des Endkunden beim Hersteller abhängig ist oder schlicht dadurch, dass die Nutzung des verkauften Produkts beim Endkunden – wie häufig bei Software – von einer Registrierung beim Hersteller abhängig gemacht wird. Der *BGH* hat darauf durch eine Ausdehnung seiner Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 89b HGB reagiert: Die Verpflichtung des Vertragshändlers zur Übertragung des Kundenstamms muss sich nicht ausdrücklich und unmittelbar aus dem schriftlichen Händlervertrag ergeben; sie kann auch aus anderen, dem Vertragshändler auferlegten Pflichten folgen.⁶²⁸ Andererseits soll die „bloß faktische Kontinuität des Kundenstamms“ aber nicht ausreichen.⁶²⁹ Die Analogie zu § 89b HGB ist ferner ausgeschlossen, wenn die Daten beim Unternehmer (Hersteller) oder einem von ihm mit der Kundenbetreuung oder Marktforschung beauftragten Dritten nach dem Ende des Vertragshändlervertrags gelöscht werden müssen, weil dann keine (tatsächliche) Nutzungsmöglichkeit (mehr) besteht.⁶³⁰ Details finden sich in unserem

⇒ *Fall Nr. 38 – Vertragshändler*

- 98 Für die Fallprüfung sei noch darauf hingewiesen, dass zusätzlich zu den genannten Voraussetzungen der Analogie natürlich noch die Voraussetzungen des § 89b HGB (→ Rn. 70 ff.) zu prüfen sind. Auch hierzu sei verwiesen auf den

⇒ *Fall Nr. 38 – Vertragshändler*

- 98a Liegen die Analogievoraussetzungen vor, so gilt analog auch die für den Handelsvertretervertrag bereits vorgestellte Vorschrift des § 89b IV 1 HGB (→ Rn. 81a). Der Ausgleichsanspruch kann also im Voraus grundsätzlich nicht abbedungen werden.⁶³¹
- 99 Die Frage nach der analogen Anwendung von Handelsvertreterrecht stellt sich außer bei § 89b HGB auch noch bei anderen Vorschriften. Dabei gilt: Die §§ 89, 89a, 90, 90a HGB sind weitgehend anwendbar; zur Bestimmung der beiderseitigen Pflichten kann auch auf die §§ 86, 86a HGB zurückgegriffen werden.⁶³²

3. Franchisenehmer*

- 100 Auch für den Franchisevertrag fehlen gesetzliche Regelungen. Der Rahmenvertrag ist ebenso wie der Vertragshändlervertrag ein besonderer Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter (§§ 675 ff., 611 ff. BGB). Er ähnelt dem Vertragshändlervertrag, bindet den Hilfsunternehmer (Franchisenehmer) aber noch stärker in die Vertriebsorganisation des Hauptunternehmers (Franchisegeber) ein; der Franchisenehmer kann demnach als „gesteigerte Form des Vertragshändlers“ bezeichnet werden. So verpflichtet der Franchisevertrag den Franchisenehmer nicht nur dazu, die Produkte des Franchisegebers unter Verwendung von dessen Marken zu ver-

⁶²⁸ *BGH* ZIP 2017, 822, 825 (Rn. 29 a.E.) m.w.N.

⁶²⁹ *BGH* ZIP 2017, 822, 825 (Rn. 30 a.E.) m.w.N.; siehe aber auch → Rn. 140a zum Kommissionsagenten.

⁶³⁰ *BGH* NJW 1996, 2159 = ZIP 1996, 1131; *BGH* ZIP 2015, 1642, 1643 f. (Rn. 13 ff.).

⁶³¹ *BGH* ZIP 2016, 1169 ff. (Rn. 21 ff.) mit einer Ausnahme unter den Voraussetzungen des § 92c HGB.

⁶³² Vgl. hierzu *K. Schmidt*, HandelsR, § 28 Rn. 42 f. (S. 912 f.); *Canaris*, HandelsR, § 17 Rn. 20 ff.

* Vgl. zum Recht des Franchisenehmers *K. Schmidt*, HandelsR, § 28 Rn. 22 ff. (S. 904 ff.); *Canaris*, HandelsR, § 18 (S. 297 ff.).

treiben, sondern darüber hinaus auch dazu, das gesamte Vertriebs- und Geschäftskonzept des Franchisegebers zu übernehmen und anzuwenden sowie das Vertriebssystem des Franchisegebers zu fördern (**Konzeptanwendungs- und Systemförderungspflichten des Franchisenehmers**) und eine Franchisegebühr zu entrichten (**Gebührenpflicht des Franchisenehmers**). Der Franchisegeber verdient im Gegensatz zum Unternehmer im Rahmen eines Vertragshändlervertrags also nicht nur am Verkauf seiner Ware. Zu dem Vertriebs- und Geschäftskonzept des Franchisegebers können zum Beispiel die einheitliche Gestaltung der Geschäftsräume, das Tragen bestimmter Berufskleidung oder das Zubereiten der Speiseprodukte des Franchisegebers nach präzisen Vorgaben gehören.

Im Gegenzug (= synallagmatische Hauptleistungspflicht und damit Gegenleistung 101 für die Franchisegebühr) ist der Franchisegeber dazu verpflichtet, dem Franchisenehmer das zur Verwendung des Konzepts notwendige Know-how und das Organisationssystem zur Verfügung zu stellen (**Gebrauchsgewährungspflicht des Franchisegebers** als pacht-/lizenzrechtliche Komponente des Franchisevertrags), den Franchisenehmer einzuarbeiten, Werbung und Marketing zu betreiben und das bestehende Vertriebs- und Geschäftskonzept weiterzuentwickeln (**Förderungspflichten des Franchisegebers**). Beispiele für Franchisesysteme in der Vertriebspraxis sind McDonald's, Benetton, Novotel, Sixt und Eismann. Dabei wird in einigen Fällen das Produkt vom Franchisegeber hergestellt und vom Franchisenehmer nur vertrieben (z.B. die Kleidungsstücke bei Benetton oder die Tiefkühlprodukte von Eismann), in anderen Fällen hingegen das dem Endkunden angebotene Produkt vom Franchisenehmer selbst nach den Weisungen und dem Konzept des Franchisegebers hergestellt (z.B. die Burger bei McDonald's) bzw. als Dienst- oder sonstige Leistung angeboten (z.B. die Übernachtung bei Novotel oder die Autovermietung bei Sixt).

Nach der Beendigung des Franchisevertrages hat der Franchisenehmer einen **Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB**, sofern die Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Vertragshändler einen solchen Anspruch hat (→ Rn. 94 ff.).⁶³³ 102

Die **handelsvertretergleiche/-ähnliche Einbindung** ist dabei aufgrund der vertraglichen Konzeptanwendungs- und Systemförderungspflicht in der Regel evident. Es kommt daher nicht in dem Maße wie beim Vertragshändler auf die Umstände des Einzelfalls an. Dies befreit allerdings nicht davon, das erweiterte Pflichtenprogramm durch Einsichtnahme in den konkreten Vertrag erst einmal festzustellen. Wird der Franchisenehmer im Einzelfall durch seine Subordination unter den Franchisegeber im Rahmen von dessen Vertriebskonzept so sehr in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt, dass er zum Arbeitnehmer oder zur arbeitnehmerähnlichen Person wird, kommt auch die Anwendung des Arbeitsrechts in Betracht.⁶³⁴ 102a Dann aber geht es nicht mehr um den hier allein behandelten Vertrieb durch selbstständige Kaufleute und damit auch nicht mehr um einen Gegenstand des Handelsrechts.

Soweit hingegen die analoge Anwendung des § 89b HGB in Rede steht, ist die vom *BGH* aufgestellte Voraussetzung einer **Pflicht zur Überlassung des Kundenstamms** (→ Rn. 95) problematisch. Da der *BGH* eine bloß faktische Kontinuität des Kundenstamms nicht genügen lässt (→ Rn. 97a), hat der VII. Zivilsenat des *BGH* einen Ausgleichsanspruch für den Betrieb eines anonymen Massengeschäfts (Bäckereikette) verneint; der vom Franchisenehmer geworbene, im Wesentlichen 102b

⁶³³ *Canaris*, HandelsR, § 18 Rn. 29 ff. (S. 304 f.); *Hübner*, HandelsR, § 5 E II 1 c (S. 158); offen BGHZ 204, 166, 171 = ZIP 2015, 583, 584 (Rn. 17).

⁶³⁴ Dazu *Oetker*, HandelsR, § 6 Rn. 81 f. m.w.N.

anonyme Kundenstamm sei nach Vertragsbeendigung nicht ohne Weiteres für den Franchisegeber nutzbar, insbesondere wenn der Franchisenehmer am selben Standort – beispielsweise unter eigenem Kennzeichen – weiterhin ein Geschäft betreiben kann und von dieser Möglichkeit Gebrauch macht.⁶³⁵ Soweit der Franchisenehmer verpflichtet ist, die Geschäftsräume nach Vertragsbeendigung an den Franchisegeber oder einen Dritten herauszugeben, rechtfertige die sich daraus für den Franchisegeber etwa ergebende tatsächliche Möglichkeit, diese Räume an einen neuen Franchisenehmer zu übergeben oder dort selbst ein entsprechendes Geschäft zu betreiben, eine entsprechende Anwendung des § 89b HGB nicht.⁶³⁶ Ganz anders sieht dies freilich der I. Zivilsenat des BGH für den Kommissionsagenten (→ Rn. 140a).

IV. Kommissionär und Kommissionsagent

103 Das Recht des Kommissionärs und des Kommissionsagenten ist durch die Besonderheit des Handelns im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung geprägt. Gewöhnlich handelt eine Person entweder im eigenen Namen und für eigene Rechnung (z.B. ein gewöhnlicher Händler oder auch ein Vertragshändler; → Rn. 82 ff.) oder die Person handelt im fremden Namen und zugleich für fremde Rechnung (z.B. ein Stellvertreter im Sinne der §§ 164 ff. BGB oder auch der Handelsvertreter und Handelsmakler im Sinne der §§ 84 ff., 93 ff. HGB; → Rn. 4 ff.). Jeweils wird dann Vertragspartner genau diejenige Person, der das Geschäft auch wirtschaftlich zuzuordnen ist. Eine Ausnahmekonstellation entsteht demgegenüber, wenn jemand zwar im eigenen Namen auftritt, das Geschäft aber (treuhänderisch) für Rechnung eines Hintermanns abschließt. Weil dann die durch das Handeln im eigenen Namen begründete formale Zuordnung (zum Kommissionär) von der durch das Handeln für fremde Rechnung entstehenden wirtschaftlichen Zuordnung (zum Kommittenten) abweicht (→ Rn. 104), ergeben sich schwierige Rechtsfragen, sei es im Vollstreckungs- und Insolvenzrecht (→ Rn. 114), bei Aufrechnungslagen (→ Rn. 115 ff.), bei treuwidrigen Verfügungen des Kommissionärs (→ Rn. 123 ff.), im Schadensrecht (→ Rn. 134) sowie im Bereicherungsrecht bei Verfügungen über fremdes Gut (→ Rn. 135 ff.). Da die meisten Rechtsregeln nämlich nur auf den gesetzlichen „Normalfall“ zugeschnitten sind, in dem die rechtliche und die wirtschaftliche Zuordnung parallel laufen, ergeben sich Probleme der Rechtsanwendung bei der Kommission. In ganz vielen Rechtsbereichen gilt es dann jeweils zu entscheiden, ob die formale oder die wirtschaftliche Zuordnung durchschlagen soll, und es kann bisher kaum festgestellt werden, dass die h.M. die Gesamtproblematik hinreichend in den Blick nimmt, wenn sie für jedes Rechtsproblem isolierte Lösungen entwickelt, die zudem noch zwischen dem Kommissionsrecht und dem allgemeinen Treuhandrecht differieren.⁶³⁷

1. Gemeinsamkeiten

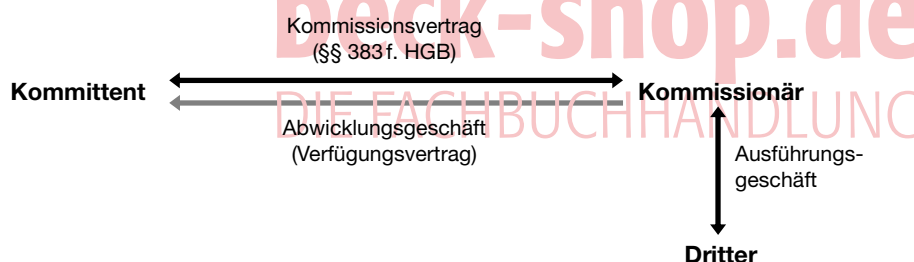
104 Kommissionär und Kommissionsagent haben gemeinsam, dass sie – wie bereits erwähnt – jeweils im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung Waren oder

⁶³⁵ BGHZ 204, 166, 171 = ZIP 2015, 583, 584 (Rn. 17 f.); bestätigend BGH ZIP 2017, 822, 825 (Rn. 31).

⁶³⁶ BGHZ 204, 166, 172 = ZIP 2015, 583, 584 (Rn. 19).

⁶³⁷ Versuch einer Systematisierung demgegenüber bei *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, 2006.

Wertpapiere kaufen (Einkaufskommission) oder verkaufen (Verkaufskommission). Da der Kommissionär/Kommissionsagent im eigenen Namen handelt, wird er und nicht der Kommittent (= derjenige, für dessen Rechnung das Geschäft geschlossen wird) Vertragspartner des Dritten (vgl. § 392 I HGB im Gegensatz zu § 164 BGB). Der Kommissionär/Kommissionsagent ist gerade kein unmittelbarer Stellvertreter, der im fremden Namen Verträge schließt.⁶³⁸ Wirtschaftliche Risiken des Geschäfts gehen aber zulasten des Kommittenten, denn für seine Rechnung ist das Geschäft geschlossen. Das Kommissionsgeschäft wird daher auch als **mittelbare Stellvertretung**⁶³⁹ bezeichnet. Es sind zwei jeweils strikt voneinander zu trennende Rechtsverhältnisse zu unterscheiden: zum einen das Außenverhältnis zwischen Kommissionär/Kommissionsagent und dem Dritten, zum anderen das Innenverhältnis zwischen Kommissionär/Kommissionsagent und Kommittent. Den im Außenverhältnis mit dem Dritten geschlossenen Vertrag nennt man das **Ausführungsgeschäft**, welcher insbesondere in einem Kaufvertrag bestehen kann. Im Innenverhältnis besteht der als Geschäftsbesorgungsvertrag zu qualifizierende **Kommissionsvertrag** (→ Rn. 106), welcher den Kommissionär/Kommissionsagenten verpflichtet, die aus dem Ausführungsgeschäft erlangten Vorteile auf den Kommittenten zu überführen (→ Rn. 109). Der zu diesem Zweck abgeschlossene Verfügungsvertrag, durch welchen erlangte Güter oder Gelder auf den Kommittenten übertragen werden, wird als **Abwicklungsgeschäft** bezeichnet (s. Grafik). Der Hauptanwendungsbereich des Kommissionsgeschäfts liegt im Wertpapierhandel (Effektenkommission), bei dem die Banken oder sonstige Börsenhändler als Kommissionäre auftreten, weil der einzelne Kunde nicht direkt zum Handel an der Börse zugelassen ist.⁶⁴⁰



2. Kommissionär

Gesetzliche Regelungen zum Kommissionär finden sich in den §§ 383 ff. HGB, 105 wobei diese Vorschriften allerdings auch dann zur Anwendung kommen, wenn andere als Kaufgeschäfte für fremde Rechnung abgeschlossen werden (uneigentliche Kommission i.S.v. § 406 I 1 HGB) oder jemand nur gelegentlich für fremde Rechnung handelt (unregelmäßige Kommission i.S.v. § 406 I 2 HGB). Mit der Abschaffung von § 1 II Nr. 6 HGB a.F. ist die gesetzliche Anordnung der Kaufmannseigenschaft für Kommissionäre entfallen. Ob ein Kommissionär Kaufmann ist, richtet sich nun nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 1 ff. HGB (→ § 2). Das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft ist allerdings nach § 383 II HGB nicht Voraussetzung für

⁶³⁸ Zum Handeln im fremden Namen (Offenkundigkeit) siehe *Bitter/Röder*, BGB AT, § 10 Rn. 29 ff.

⁶³⁹ Dazu *Bitter/Röder*, BGB AT, § 10 Rn. 6 f.

⁶⁴⁰ Dies ist auch beim sog. „direct broking“ nicht anders. Für die (direkte) Teilnahme am Börsenhandel bedarf es nämlich einer Zulassung durch die Börsengeschäftsführung gemäß § 19 BörsG.

die Anwendung der §§ 383 ff. HGB, sodass auch Kleinunternehmer, die als Kommissionäre tätig werden, erfasst sind (→ § 2 Rn. 22).

a) Rechtsnatur des Kommissionsvertrages

106 Die Rechtsnatur des Kommissionsvertrages ist umstritten. In Betracht kommen sowohl die Einordnung als entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertrags- oder aber Werkvertragscharakter. Praktisch relevant wird die Frage nach der Rechtsnatur bei Kündigungen. Wendete man Werkvertragsrecht an, so könnte gemäß § 648 BGB der Besteller (= Kommittent) jederzeit kündigen, nicht aber der Unternehmer (= Kommissionär). Hingegen könnten nach Dienstvertragsrecht beide Vertragsteile jederzeit kündigen (§§ 621 Nr. 5, 627 BGB).

107 Die größere Bedeutung ist jedoch im Bereich des Schadensersatzverlangens des Kommittenten gegen den Kommissionär nach §§ 280 I, III, 281, 283 BGB zu sehen. Ginge man von einem werkvertraglichen Charakter der Kommission aus (beispielsweise wegen der erfolgsbezogenen Provisionsregelung in § 396 I HGB), so hätte der Kommittent nur die Nichterbeiführung des Erfolgs durch den Kommissionär zu beweisen. Letzterer müsste sich dann bezüglich seines nach § 280 I 2 BGB vermuteten Verschuldens entlasten. Unterstellte man hingegen einen dienstvertraglichen Charakter (etwa wegen der Bemühungen um den Abschluss des Ausführungsgeschäfts), so hätte der Kommittent bereits im Rahmen der Pflichtverletzung nachzuweisen, dass der Kommissionär seine Dienste nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erbracht hat. Der Gegenbeweis des Kommissionärs wäre dann immer noch möglich, vermutlich aber meistens nicht nötig, da schon der Nachweis der Pflichtverletzung häufig scheitern wird. Als Mittelweg erweist sich die von *Karsten Schmidt* vorgeschlagene Einordnung als Werkvertrag mit Dienstvertragsselementen.⁶⁴¹

b) Pflichten des Kommissionärs

108 Den Kommissionär treffen vielgestaltige Pflichten. So muss er den Weisungen des Kommittenten Folge leisten (§ 384 I Hs. 2 HGB), um sich nicht der Schadensersatzpflicht aus § 385 HGB auszusetzen. Insbesondere muss er die vom Kommittenten vorgegebenen Preisgrenzen beachten (§ 386 HGB). **Die Interessen des Kommittenten sind zu wahren**, indem beim Abschluss des Ausführungsgeschäfts die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns angewandt wird und für den Kommittenten möglichst vorteilhafte Bedingungen erzielt werden. Aus dieser Interessenwahrungspflicht wird teilweise auch ein Wettbewerbsverbot dergestalt herausgelesen, dass der Kommissionär vor Abschluss des Ausführungsgeschäfts nicht berechtigt ist, gleichlaufende Eigengeschäfte zu tätigen, welche die Chancen des Kommittenten schmälern.⁶⁴²

109 Besonders hervorzuheben ist die Pflicht des Kommissionärs zur **Herausgabe des Erlangten** (§ 384 II Hs. 2 HGB). Bei einer Einkaufskommission muss der Kommissionär entweder den Anspruch gegen den Dritten auf Übereignung der Kaufsache an den Kommittenten abtreten (der Kommissionär wird zunächst Inhaber des Anspruchs gegen den Dritten!), oder aber, sofern er den Gegenstand vom Dritten bereits erhalten hat, diesen herausgeben bzw. übereignen (→ Rn. 130 ff.). Für den Fall der Verkaufskommission bedeutet die Herausgabepflicht, dass der Kommissionär die Kaufpreisforderung gegen den Dritten an den Kommittenten abtreten muss. Sollte der Kommissionär die Forderung bereits eingezogen haben, so muss er ent-

⁶⁴¹ *K. Schmidt*, HandelsR, § 31 Rn. 50 ff. (S. 1014 ff.).

⁶⁴² *Canaris*, HandelsR, § 30 Rn. 15 (S. 457f.); wohl auch *MüKoHGB/Häuser*, § 384 Rn. 39.

weder das Bargeld oder aber die Kontogutschrift herausgeben. In der Praxis wird häufig eine Vorausabtretung (antizipierte Abtretung) der Ansprüche gegen den Dritten vereinbart, sodass der Kommittent schon mit Abschluss des Ausführungsgeschäfts Inhaber der Forderung wird. Wird dies jedoch nicht vereinbart, so bleibt der Kommissionär Inhaber der Forderung, wie § 392 I HGB ausdrücklich regelt.

c) Der Provisionsanspruch des Kommissionärs (§ 396 I HGB)

Von größter Bedeutung für den Kommissionär ist sein Anspruch auf Provision nach § 396 I HGB. Um den Anspruch auf Provisionszahlung zu erlangen, muss ein wirksamer Kommissionsvertrag bestehen und das Geschäft zur Ausführung gekommen sein. Wann das Geschäft als „zur Ausführung gekommen“ zu betrachten ist, regelt das Gesetz nicht. Der bloße Abschluss des Ausführungsgeschäfts mit dem Dritten reicht dafür nicht. Vielmehr ist nach h.M. das Geschäft erst dann ausgeführt, wenn der Dritte seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt hat.⁶⁴³

Ein Provisionsanspruch besteht aber auch dann, wenn die Ausführung des Geschäfts aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grund unterbleibt (§ 396 I 2 Hs. 2 HGB), wobei es nicht auf Vertretenmüssen i.S.v. § 276 BGB ankommt. Grundsätzlich ist darauf abzustellen, ob der Grund der Risikosphäre des Kommittenten zuzurechnen ist.⁶⁴⁴ So hat der Kommissionär beispielsweise Anspruch auf Provision, wenn die Ausführung des Geschäfts deshalb unterbleibt, weil der Kommittent keine Ware liefert oder aber mangelhafte und der Dritte deshalb zurücktritt.⁶⁴⁵

Umstritten ist vor allem im Rahmen der Verkaufskommission, ob der Kommissionär einen Anspruch auf Provision hat, wenn das Geschäft nur deshalb nicht zur Ausführung kommt, weil der Kommittent durch seine Lieferanten nicht beliefert wurde. Eine Ansicht will diese Fälle nicht der Risikosphäre des Kommittenten zurechnen, weil der Wortlaut des § 396 I 2 Hs. 2 HGB von einem Grund spricht, der „nur [...] in der Person des Kommittenten“ liegt.⁶⁴⁶ Für die Nichtbelieferung sei gerade nicht ausschließlich der Kommittent verantwortlich. Die Gegenansicht will das Risiko der Nichtbelieferung dem Kommittenten auferlegen und verpflichtet diesen zur Provisionszahlung.⁶⁴⁷ Ausschlaggebend ist letztlich, dass der Kommittent es in der Hand hat, sorgfältige Lieferanten auszuwählen. Der Ausfall eines Lieferanten ist zwar strenggenommen kein beherrschbares Risiko für den Kommittenten, aber immerhin ein zurechenbares. Jedenfalls erscheint es ungerecht, den Kommissionär mit dem Risiko der Nichtbelieferung zu beschweren, denn er besitzt keine Auswahlmöglichkeit in Bezug auf die Lieferanten. Schließlich entspricht die Pflicht des Kommittenten, auch im Fall der eigenen Nichtbelieferung die Provision zahlen zu müssen, der Verteilung des wirtschaftlichen Risikos bei der Kommission. Dieses liegt beim Kommittenten.⁶⁴⁸ Es ist also nur konsequent, ihn das Risiko tragen zu lassen, wenn zu vergütender Aufwand entsteht, welcher sich letztlich nicht auszahlt. Der Wortlaut von § 396 I 2 Hs. 2 HGB steht der vorzugswürdigen Ansicht nicht

⁶⁴³ *Canaris*, HandelsR, § 30 Rn. 42 (S. 464); *K. Schmidt*, HandelsR, § 31 Rn. 76 (S. 1025 f.); *MüKoHGB/Häuser*, § 396 Rn. 6.

⁶⁴⁴ *Canaris*, HandelsR, § 30 Rn. 43 (S. 464); *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Füller*, § 396 Rn. 11; *Hopt/Kumpan*, § 396 Rn. 3.

⁶⁴⁵ *Canaris*, HandelsR, § 30 Rn. 43 (S. 464); *MüKoHGB/Häuser*, § 396 Rn. 18; a.A. bei Lieferung mangelhafter Ware *OLG Zweibrücken OLGZ* 1986, 486.

⁶⁴⁶ *Canaris*, HandelsR, § 30 Rn. 43 (S. 464); *MüKoHGB/Häuser*, § 396 Rn. 18.

⁶⁴⁷ *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Füller*, § 396 Rn. 11; *Staub/Koller*, § 396 Rn. 27.

⁶⁴⁸ *Canaris*, HandelsR, § 30 Rn. 4 (S. 455).

entgegen, denn dass der Grund „nur [...] in der Person des Kommittenten“ liegt, kann auch so verstanden werden, dass er jedenfalls nicht in der Sphäre des Kommissionärs anzusiedeln ist.

⇒ Fall Nr. 39 – *Krawatten-Krawall*

⇒ Fall Nr. 40 – *Der kleine Unterschied*

d) Aufwändungsersatzanspruch des Kommissionärs (§§ 396 II HGB, 675, 670 BGB)

- 113 Dem Kommissionär steht auch ein Aufwändungsersatzanspruch gegen den Kommittenten zu (§§ 396 II HGB, 675, 670 BGB). Klassische Aufwendungen (= freiwillige Vermögensopfer) sind Fahrt-, Fracht- oder Telefonkosten, Zölle, aber beispielsweise auch Kaufpreise, die der Kommissionär bei der Einkaufskommission bezahlt hat. Die Tätigkeit des Kommissionärs als solche kann nicht über den Aufwändungsersatz vergütet werden, denn diese ist bereits durch die Provision abgedeckt.⁶⁴⁹ Begründet der Kommissionär eine Forderung gegen sich, so hat er nach § 257 S. 1 BGB Anspruch auf Freistellung gegenüber dem Kommittenten. Im Gegensatz zu den Provisionszahlungen ist Aufwändungsersatz immer zu leisten, auch dann, wenn das Geschäft nicht zur Ausführung gekommen ist.

e) Kommittentenschutz in Insolvenz und Zwangsvollstreckung (§ 392 II HGB)

- 114 Wie bereits erwähnt, wird der Kommissionär mit Abschluss des Ausführungsgeschäfts gemäß § 392 I HGB Inhaber der Forderungen gegen den Dritten (→ Rn. 109). Es besteht dann für den Kommittenten ein Bedürfnis nach einem Schutz dieser vom Kommissionär für fremde Rechnung gehaltenen Forderung für den Fall, dass Gläubiger des Kommissionärs auf diese Forderung – sei es im Wege der Einzelzwangsvollstreckung durch Pfändung oder im Insolvenzfall – zugreifen. Diesen Schutz gewährt § 392 II HGB, der den Kommittenten bei Einzelzwangsvollstreckungen zur Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO, in der Insolvenz des Kommissionärs zur Aussonderung gemäß § 47 InsO berechtigt.⁶⁵⁰ § 392 II HGB ordnet nämlich im Verhältnis des Kommissionärs zu dessen Gläubigern eine gesetzliche Fiktion („gelten“) der Forderungsinhaberschaft des Kommittenten an. Es handelt sich um eine „nur“ wirtschaftliche Zuordnung der Forderung zum Kommittenten, denn formell ist und bleibt der Kommissionär Forderungsinhaber (Treuhänder).⁶⁵¹

⇒ Fall Nr. 41 – *Halskette I*

f) Wirkung des § 392 II HGB in verschiedenen Aufrechnungskonstellationen

- 115 Während die vollstreckungsrechtlichen Wirkungen des § 392 II HGB weitgehend geklärt sind (zu Ausnahmen → Rn. 127 ff.), bestehen Meinungsverschiedenheiten zu der Frage, wie sich die gesetzliche Fiktion in verschiedenen Aufrechnungskonstellationen auswirkt. Aus § 392 II HGB könnte nämlich folgen, dass die für die Aufrechnung nach §§ 387 ff. BGB notwendige Gegenseitigkeit der Forderungen im Verhältnis zwischen dem Kommissionär und dem Dritten zu verneinen ist, wenn einerseits dem Dritten eine Forderung gegen den Kommissionär zusteht,

⁶⁴⁹ MüKoHGB/Häuser, § 396 Rn. 49.

⁶⁵⁰ MüKoHGB/Häuser, § 392 Rn. 32 und 36 m.w.N.; näher *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 49, 189 ff.

⁶⁵¹ Ausführlich zum treuhänderischen Charakter von § 392 II HGB *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 48 ff., 189 ff., 298 ff.